# Report of the Evaluation Committee

# for the

# Mandatory Mediation Rule Pilot Project

**Evaluation Committee of the Ontario Civil Rules Committee**
**March 12, 2001**

101-05617/

# Report of the Evaluation Committee for the Mandatory Mediation Rule Pilot Project


A. Introduction ..... 2

B. The Question and the Methodology ..... 3

C. The Case For and the Case Against Rule 24.1 ..... 5

D. The Timing and the Duration of the Mediation ..... 8
*Timing of the Mediation* ..... 8
*Duration of the Mediation* ..... 11

E. Other Issues and Potential Problems ..... 11
*Mediator Supply and Demand* ..... 11
*Mediator Remuneration* ..... 12
*Rule 76 - The Simplified Procedure* ..... 13
*Commercial List Cases* ..... 14
*Construction Lien Cases* ..... 14
*Authority to Settle* ..... 14

F. Recommendations ..... 15

**Report of the Evaluation Committee**
**For the Mandatory Mediation Rule Pilot Project**

## A. Introduction

When the Civil Rules Committee enacted Rule 24.1 (Mandatory Mediation), it included a provision that the Rule would sunset on July 4, 2001 and it constituted an Evaluation Committee of members of the bench, bar, mediation community, and the public to oversee an evaluation of the Rule. The evaluation was to be in accordance with an undertaking given by the former Attorney General Charles Harnick for his Ministry to pay for an independent evaluation substantially in accord with the evaluation framework prepared by Professor Carl Baar and Mr. Robert Hann entitled "*Mandatory Mediation in Case Managed Civil Cases: Evaluation Framework.*" The role of the Evaluation Committee was to oversee this evaluation and to ensure that the Civil Rules Committee has adequate information to make a decision about the future of the mandatory mediation rule. This is the report of the Evaluation Committee to the Civil Rules Committee.

The major conclusions and recommendations of the Evaluation Committee Report are that: (1) Rule 24.1 should be made a permanent feature of the *Rules of Civil Procedure;* and (2) the Rule should be amended to allow greater flexibility about the time of the mediation.

The members of the Evaluation Committee are: Justice Robert Blair, Superior Court; Bryan A. Carroll, Borden Ladner Gervais LLP; Jonathan Fidler, Malach & Fidler; Stanley G. Fisher, Heenan, Blaikie; Jerry Friedman; Anne E. Grant, Mediated Solutions Incorporated; Peter H. Griffin, Lenczner, Slaght, Royce, Smith, Griffin; Carolyn J. Horkins, Smith, Lyons; Andrew S. Mathers; James E. McNamara, Marcus, Parnega & McNamara; Ann Merritt, Ministry of the Attorney General; Paul F. Morrison, McCarthy, Tétrault; John P. O'Toole, Gowling, Strathy & Henderson; Debra Paulseth, Toronto Regional Director Courts Administration; Paul Perell, Weir & Foulds (chair); Giovanna Roccamo, Nelligan O'Brien Payne; Felicia Smith, The Law Society of Upper Canada; and Garry D. Watson, Osgoode Hall Law School. The Evaluation Committee was assisted by Susan Charendoff, Senior Policy Advisor, Ministry of the Attorney General; and, Heather Daley, Local Mediation Co-ordinator, Toronto, Ministry of the Attorney General.

The Ministry of the Attorney General retained Robert Hann and Associates Limited to prepare the independent evaluation. The evaluation is entitled *Evaluation of the Ontario Mediation Program (Rule 24.1): Final Report - The First 23 Months*. It was submitted by Robert G. Hann and Carl Baar with Lee Axon, Susan Binnie and Fred Zemans to the Evaluation Committee. In this report, we will refer to the evaluator's final report simply as the *Evaluator's Report*.

In the *Evaluator's Report,* the evaluators acknowledge and express thanks to an impressive group of members of the bench, bar, mediation community, Ministry, and public who contributed to the very considerable effort made to evaluate both Rule 24.1 and also the Ministry's mandatory mediation program and its infrastructure. The Evaluation Committee echoes this gratitude and adds its thanks to Mr. Hann, Professor Baar and their team for their dedication, enthusiasm and interest in this evaluation project. The *Evaluator's Report* makes a valuable contribution not only for Ontario but also for other jurisdictions interested in the role of mandatory mediation in the administration of justice.

The Evaluation Committee's Report is divided into six sections as follows:

A. Introduction

B. The Question and the Methodology
C. The Case For and the Case Against Rule 24.1
D. The Timing and the Duration of the Mediation
E. Potential Problems
F. Recommendations

## B. The Question and the Methodology

Rule 24.1 is a pilot project in Ottawa and Toronto. It mandates a mediation session for case managed actions within 90 days of the filing of the first statement of defence with a right in standard track actions to postpone the mediation for 60 days if the parties consent. For all actions, the court has the jurisdiction on a party's motion to make an order exempting an action from mandatory mediation, and it has the jurisdiction to abridge or extend the time for the mediation session. There is a roster of mediators appointed and supervised by a local mediation committee, and litigants may select a roster or non-roster mediator. If the litigants do not choose the mediator, then the local mediation co-ordinator, who is charged with the responsibility for the administration of mediation in the county, will appoint a mediator from the roster. At least seven days before the mediation session, every party is obliged to prepare a statement of issues and provide a copy to every other party and the mediator, and the plaintiff provides the mediator with a copy of the pleadings. The statement of issues identifies the factual and legal issues in dispute and briefly set outs the position and interests of the party making the statement. The parties, and their lawyers, if the parties are represented, are required to attend the mediation session, unless the court orders otherwise. Within 10 days after the mediation session is concluded, the mediator must give the local mediation co-ordinator and the parties a report on the mediation. The mediators are paid in accordance with a fee schedule established under Ont. Reg. 451/98 which sets the fee for one-half hour of preparation time for each party and for up to three hours of actual mediation. If the mediation session lasts longer than 3 hours, then the mediator's fee for the additional time is a matter of private contract with the mediator.

The ultimate goal of the evaluation was to determine whether Rule 24.1's introduction of a procedure for mandatory mediation in case managed cases made a positive or negative contribution to the administration of justice in the Province of Ontario. In order to make this determination, the evaluators with the assistance and supervision of the Evaluation Committee, evaluated the actual impact or effect of the Rule in Ottawa and Toronto. The evaluators investigated the actual impact of Rule 24.1 and also how the rule performed in terms of the expectations and perceptions of the litigant, lawyer, mediator, and administrator participant in the mandatory mediation program. The effect of the Rule in four major areas was examined. The four areas were: (1) the Rule's effect on the pace of the litigation, that is, whether it caused earlier or later dispositions or otherwise affected the timing of events in the proceeding; (2) the Rule's effect on the cost of litigation; (3) the Rule's effect on the quality of disposition outcomes, that is, whether, amongst other things, the mediation session yielded complete or partial settlements, and (4) the Rule's effect on the mediation itself and on the litigation process.

Given the somewhat different circumstances in Ottawa and Toronto and the four areas of impact to be studied, the evaluator's methodology was to use a variety of techniques to gather data about the effect of Rule 24.1 in Ottawa and in Toronto. The mediator's reports after the mediation, which are required by the Rule, were analyzed. Comprehensive questionnaires that were completed by litigants, lawyers, and the mediators after the mediation were collected and analyzed. Statistics were gathered from the database administered by the Ministry of the Attorney General. A control group of Toronto case managed cases that did not experience mandatory mediation was established to compare with the group of Toronto case managed cases that did undergo mandatory mediation. Indeed, establishing a

statistically reliable control group was a major achievement of the evaluation methodology. Focus groups and interviews were conducted. Literature was reviewed. The data was organized, tested, and analyzed, and results from Ottawa were compared and contrasted with the results from Toronto.

The performance of Rule 24.1 was evaluated separately for both Ottawa and Toronto and also for the aggregate of both centers. To understand the results and our observations below, it is helpful to appreciate that Rule 24.1 operated in different environments in Ottawa and Toronto. There are four major contrasts. First, in Ottawa, Rule 24.1 was a norm of the civil litigation practice, while in Toronto, Rule 24.1 was an exception to the norm. More specifically, in Ottawa about 90% of the civil non-family cases are subject to mandatory mediation, while in Toronto about 14% of the cases are subject to mandatory mediation. Second, in Ottawa, the cases under the simplified procedure rule (Rule 76) qualified for mandatory mediation, while in Toronto, these cases were excluded from Rule 24.1. (Simplified procedure cases were excluded because, coincidentally, they were being evaluated under another evaluation project and their inclusion under Rule 24.1 would have impaired that evaluation.) The inclusion of Rule 76 cases in Ottawa is significant because it turns out that they have a high degree of successful mediation sessions. Third, in Ottawa, Rule 24.1 was not an innovation because Ottawa had already introduced a similar mandatory mediation scheme under a Practice Direction two years earlier, while in Toronto, the practice under Rule 24.1 was essentially new. Toronto's prior experience with mediation was under another practice direction that established an essentially voluntary pilot project that provided a free mediation service from a small roster of mediators for a small number of cases. Fourth, probably because of its greater familiarity with mediation as a norm of practice, the Ottawa lawyers select mediators from the roster more often than do lawyers in Toronto, who allow the local mediation co-ordinator to appoint the mediator in a greater proportion of cases; viz., Ottawa lawyers select the mediator from the roster in 82 % of the cases versus 53% of the cases in Toronto. The degree of mediator selection is significant because it turns out that the circumstance that the mediator is selected by the parties rather than appointed by the local mediation co-ordinator is a significant factor in the likelihood of a successful mediation session and the extent of the mediator's prior experience with Rule 24.1 is a significant factor.

Recognizing the different situation or environment in Ottawa and Toronto is important in understanding the *Evaluator's Report* and this report because the evaluation methodology, described above, examined and responded to the circumstances of both centers. Further, the observations and conclusions about the results from the two centers took into account similarities and differences. In evaluating the observations and conclusions, it is helpful to keep in mind the possibility that Ottawa may be predisposed to the Rule and Toronto more resistant to it because it mandatory mediation is the norm in Ottawa but not in Toronto and because Ottawa's experience, but not Toronto's, includes Rule 76 cases. If these possibilities are true, then it may be anticipated that the results will be positive in Ottawa (which is in fact what occurred) but consistent and positive results in Toronto will be impressive (which is also what occurred). It may also follow that Toronto's results may move toward Ottawa's when mandatory mediation becomes a norm in Toronto.

## C. The Case For and the Case Against Rule 24.1

Based on the *Evaluator's Report*, the case for making Rule 24.1 a permanent part of the *Rules of Civil Procedure* is strong and the case for its discontinuance, weak. While the results in the *Evaluator's Report* indicate that there is room for improvement (particularly with respect to the need to allow greater flexibility about the time of the mediation) and that the Rule may not yet be operating optimally, mandatory mediation under the Rules appears to have been a positive phenomena.

In a very significant finding, the *Evaluator's Report* (Chapter 3) indicates that case managed cases of all types are disposed of sooner under Rule 24.1 than comparable case managed cases operating without Rule 24.1. Mandatory mediation cases of all types proceed to disposition more expeditiously than cases not subject to mandatory mediation. This positive result was demonstrated by comparing Toronto case managed cases subject to Rule 24.1 to a Toronto control group of case managed cases defended prior to the introduction of Rule 24. When Toronto case managed cases are compared to similar cases in Ottawa also governed by Rule 24.1, the pace of disposition is even faster in Ottawa, and this reinforces the conclusion that mandatory mediation yields earlier dispositions for all types of cases. The results in Ottawa also suggest that the positive results in Toronto might have even been higher had Rule 24.1 been the norm and not the exception. The results in Ottawa were even better under the former Practice Direction, and this indicates perhaps that even better results for mandatory mediation are possible in both Ottawa and Toronto.

A remarkable and important aspect of the phenomena of earlier disposition times for cases that have undergone mandatory mediation is that this effect applies to cases that do not settle at the mediation session. In other words, the effect of mandatory mediation persists after the mediation session. Another positive aspect is that the effect of mandatory mediation is felt even in the cases with the lowest rate of settlements after a mediation session. In other words, a medical malpractice case, which is a type of case that has a low rate of complete settlements at mediation, still settles earlier than control group medical malpractice cases that did not experience mandatory mediation.

The *Evaluator's Report* showed that a session of mandatory mediation yields a complete settlement in about 4 out of 10 cases in the aggregate, which is a significant number of cases that settle at an early stage of the proceedings with likely savings of costs to the litigants. (Results for particular case types differed, of which more will be said below.) This result was observed in both Ottawa and Toronto and was fairly consistent throughout the 23 months of the evaluation.

The *Evaluator's Report* showed that a session of mandatory mediation yields a partial settlement in about 2 out of 10 cases. However, taking a positive credit for a partial settlement is problematic because it is difficult to determine whether an issue has been genuinely settled since the litigation continues and there is a large subjective aspect in any report of a partial settlement. That said, the credibility of giving credit for these partial settlement results was enhanced in the *Evaluator's Report* because the questionnaire prepared by the evaluators tested whether settled issues were matched with issues that the parties had identified in the statement of issues as issues to be settled. As noted above, the statement of issues is prepared before the mediation session, and in Ottawa, in 96% of the partially settled cases, the issues that were settled were included in whole or in part in the statement of issues. The comparable figure in Toronto was 67%.

The *Evaluator's Report* showed that balanced against the complete and partial settlements, in about 4 out of 10 cases in the aggregate, which is a very significant number of cases, no settlement was reached even partially. These significant negative results would seem at first blush to bolster the case for the discontinuance of mandatory mediation program because of the wasted time and expense incurred in these cases. However, the *Evaluator's Report* provides data that suggests that it may be possible to reduce the negative results. For example, there is the prospect, discussed in a later section of this report, that mediation may come too early for some types of cases and that if the timing of the mediation could be adjusted for these cases - which is one of our recommendations - then better results might be achieved. In any event, other measures in the *Evaluator's Report* indicate that there are benefits or perceived benefits from a mandatory mediation even if it did not yield an immediate complete or partial settlement. For example, as already noted above, there is the phenomena that mandatory mediated cases tend to settle earlier even if they do not settle at the mediation, and, as will

be noted below, the subjective response to mandatory mediation by the participants was generally positive.

The responses from the questionnaires supported the conclusion that mandatory mediation reduces the cost of litigation. The response from focus groups on this factor was less strong but still positive. Although these responses are anecdotal and quite subjective, one overall conclusion was that when cases settle at or soon after the mandatory mediation session, lawyers and litigants believed that money had been saved in avoided legal expenses. Litigants who were questioned after the dispositions of their cases were positive (86 % in Ottawa and 84% in Toronto) that costs had been reduced. (See Figure 4.4 in *Evaluator's Report*.) The lawyer response was similarly very positive (80% in Ottawa and 78% in Toronto). (See Figure 4.5 in *Evaluator's Report*). Given the finding noted above that even in failed mediation sessions, the cases settle earlier, there would also appear to be savings in cases that do not settle at or soon after the mediation session.

The subjective response to mandatory mediation was generally positive, particularly in Ottawa, where Rule 24.1 is the practice norm. A sample of the responses of Ottawa participants follows.

- 80% of Ottawa lawyers agreed with the statement "I was satisfied with the overall mandatory mediation experience."
- 82% of Ottawa litigants agreed with the statement "I was satisfied with the overall mandatory mediation experience."
- 61% of Ottawa lawyers agreed with the statement "justice was served by this process."
- 61% of Ottawa litigants agreed with the statement "justice was served by this process."
- 86% of Ottawa lawyers agreed with the statement "assuming you had the choice, would you use mandatory mediation again to resolve similar disputes under similar circumstances."
- 88 % of Ottawa litigants agreed with the statement "assuming you had the choice, would you use mandatory mediation again to resolve similar disputes under similar circumstances."

Turning to Toronto, a sample of participant responses follows.

- 59% of Toronto lawyers agreed with the statement "I was satisfied with the overall mandatory mediation experience."
- 65% of Toronto litigants agreed with the statement "I was satisfied with the overall mandatory mediation experience."
- 43% of Toronto lawyers agreed with the statement "justice was served by this process."
- 39% of Toronto litigants agreed with the statement "justice was served by this process."
- 66% of Toronto lawyers agreed with the statement "assuming you had the choice, would you use mandatory mediation again to resolve similar disputes under similar circumstances."
- 73 % of Toronto litigants agreed with the statement "assuming you had the choice, would you use mandatory mediation again to resolve similar disputes under similar circumstances."

Other positive elements are that the *Evaluator's Report* indicates that a factor in higher complete settlement rates is the experience of the mediator. In other words, mediators with greater experience settle more cases. This element is positive because it suggests that as individual mediator experience grows, and as more mediators gain experience, the results of the mandatory mediation program may improve. Also positive is the fact that both lawyers and litigants expressed high levels of satisfaction with the skills of the mediators in moving all parties towards an agreement. Based on questionnaire results, in Ottawa, 83% of lawyers and 82% of litigants and, in Toronto, 67% of lawyers and 69% of litigants expressed satisfaction. Similarly, there was a high level of agreement that the mediator showed an understanding of the legal issues that were important to the case. In Ottawa, 90% of

lawyers and 84% of litigants and, in Toronto, 72% of lawyers and 74% of litigants expressed satisfaction.

The Evaluation Committee therefore concludes and recommends that the sunset provision in Rule 24.1 be revoked and that the rule should be made a permanent feature of the *Rules of Civil Procedure*. Below, we make several recommendations about possible amendments to improve the Rule.

## D. The Timing and the Duration of the Mediation

*Timing of the Mediation*

The timing of the mediation session raises several issues that are explored in the *Evaluator's Report*. Under Rule 24.1, the mandatory mediation session is to take place within 90 days after the first defence has been filed, unless the court orders otherwise, but in a case on the standard track, the mediation session may be postponed for up to 60 days if the consent of the parties is filed with the mediation co-ordinator.

One issue associated with the timing of the mediation is whether the time periods provided by the Rule are appropriate and are working. The data from the *Evaluator's Report* indicates that, generally speaking, the answer here is yes. Approximately 85% of the cases complete their mandatory mediation within 150 days, and it would be hard to make a case for a change to the timing based on these results. Further, the *Evaluator's Report* raises the possibility that the cases mediated outside the 150 day period may reveal that there is a backlog in the program's ability to service cases. (This prospect is discussed in a later section of this report.) If that explanation were true, then there is even less reason to change the time periods provided by the rule. Moreover, the policy idea behind mandatory mediation is to mediate early so as to maximize the savings in the costs of litigation achieved by an early or earlier settlement, and this policy stands against changing the 90 day and 150 day periods now provided by the Rule.

These comments, however, do not end the issues associated with the timing of the mediation session. The matter of the timing of the mediation needs to be considered in light of the findings in the *Evaluator's Report* about the perceptions of mediators, lawyers, and litigants (expressed in their answers to questionnaires about their own mediation sessions and also expressed at focus groups) that for certain cases the mediation session should have come later in the proceedings. The issue of timing also needs to be considered in light of the evaluator's findings about the significance of case types to the success of a mediation. As for perceptions, this was an area in which the questionnaire responses differed greatly between Ottawa and Toronto. In Ottawa 18% and in Toronto 42% of the mediators responded that a later mediation would have been an improvement. In Ottawa 22% and in Toronto 54 % of lawyers responded that the mediation should have come later. In Ottawa 9 % and in Toronto 31% of litigants responded that the mediation should have come later. As for the significance of case types, the *Evaluator's Report* indicates that in Toronto two types of cases, Trust and Fiduciary Duties and Medical Malpractice, have a relatively low likelihood of a complete settlement, while in Ottawa the same two types of case and also contract commercial cases have a relatively low likelihood of a complete settlement.

Even if one discounts the Toronto responses as being a product of mandatory mediation not being the norm in Toronto, there remains a persistent view that mandatory mediation may come too early for some cases. This view is supported by the evaluator's findings about case types, and common sense would also suggest that not all types of cases are appropriate for an early mandatory mediation. It

likely follows that the chances of a successful mediation would increase if the mediation sessions for certain types of cases was delayed. What then to do about this situation? It appears that two responses are available. First, the rule could be amended to identify particular case types and provide special treatment for these types of cases. For example, medical negligence cases might be granted a postponement until after examinations for discovery if the consent of the parties is filed. Second, and this is a simpler response, efforts could be made to increase awareness about the availability of subrules 24.1.09 (1) and (2), which provide for extensions of time, and these rules could be amended for greater flexibility. These rules now state:

*Time Limits*

24.1.09 (1) A mediation session shall take place within 90 days after the first defence has been filed, unless the court orders otherwise.

*Extensions or abridgment of time*

(2) In considering whether to exercise the power conferred by subrule (1), the court shall take into account all the circumstances, including,

(a) the number of parties and the complexity of the issues in the action;

(b) whether the party intends to bring a motion under Rule 20 (Summary Judgment), Rule 21 (Determination of an Issue Before Trial) or Rule 22 (Special Case);
(c) whether the mediation will be more likely to succeed if postponed to allow the parties to acquire more information.

Awareness of these rules might be increased perhaps by continuing legal education programs or through information material provided to participants in the mandatory mediation program.

The recommendation of the Evaluation Committee is to go with the second response. In other words, the Committee recommends that the provisions in Rule 24.1 about the timing of the mediation session not be changed to provide specialized treatment for different case types but that efforts be made to emphasize the availability of extensions under revised subrules 24.1.09 (1) and (2). As we see it, there are problems with the response of special treatment for particular types of case. The problems include making Rule 24.1 more difficult to administer and the possibility that parties will abuse the right to postpone by disingenuously classifying their particular case. There is also the difficulty of classifying cases that might fall into more than one class. There is the further difficulty that case types are not uniform in their operative characteristics. For example, while most medical malpractice cases might benefit from a later mandatory mediation, this will not always be the case, and some of any type of case will be suitable for a mandatory mediation. The *Evaluator's Report* confirms this observation by noting successful mediations in every type of case. The Evaluation Committee therefore believes that it is preferable to continue to require the parties to justify a postponement under subrules 24.1.09 (1) and (2). However, we recommend that these rules be more generous and flexible in allowing abridgements or extensions. A more flexible version of subrule 24.1.09 (2) is set out below with the changes underlined.

*Extensions or abridgment of time*

(2) In considering whether to exercise the power conferred by subrule (1), the court shall take into account all the circumstances, including,

(a) the number of parties and the complexity of the issues in the action;

(b) whether the party intends to bring a motion under Rule 20 (Summary Judgment), Rule 21 (Determination of an Issue Before Trial) or Rule 22 (Special Case);

(c) whether the mediation will be more likely to succeed if postponed to allow the parties to obtain evidence under,

(i) Rule 30 (documentary discovery),
(ii) Rule 31 (examination for discovery),
(iii) Rule 32 (inspection of property),
(iv) Rule 33 (medical examination), or
(v) Rule 35 (examination for discovery by written questions),

(d) whether, given the nature of the particular case or the circumstances of the parties, the mediation will be more likely to succeed if the time for the mediation session is abridged or postponed.

*Duration of the Mediation*

Ont. Reg. 451/98 regulates mediators' fees and establishes a fee schedule for one-half hour of preparation time for each party and up to three hours of actual mediation. The *Evaluator's Report* indicates that 44% of the mediation sessions in Ottawa and 34% of the mediation sessions in Toronto lasted longer than three hours. The *Evaluator's Report* indicates that 19% of the mediation sessions in Ottawa and 16% of the mediation sessions in Toronto lasted longer than four hours. Arguably, these figures suggest that it may be desirable to regulate the fees for a four-hour period, which would capture about 80% of all mediation sessions. This is a contentious issue because litigants, who pay, and mediators, who get paid, may differ about the fee schedule. It is also a matter outside the jurisdiction of the Civil Rules Committee but of interest to it. The issue of mediator remuneration and other mediator related concerns are discussed in the next section of this report.

## E. Other Issues and Potential Problems

*Mediator Supply and Demand*

As noted above in the discussion of the timing of the mediation, approximately 15% of the mediation sessions are taking place after the maximum 150 day period provided for under the Rule. In the *Evaluator's Report*, the evaluators reflect whether a backlog may be developing, particularly in Ottawa. The evaluators recommend that the situation be monitored. The Evaluation Committee concurs in this recommendation.

The question of a backlog directs attention to several other related concerns, some of which are not considered in any detail in the *Evaluator's Report*. When the Civil Rules Committee was debating the introduction of Rule 24.1, there was a concern about whether there would be enough qualified mediators for the rosters to be established in Ottawa and Toronto. This problem did not develop, and there are large rosters of mediators in both Ottawa and Toronto, although a small number of mediators accounted for a large number of mediations. The *Evaluator's Report* indicates that there is a relatively

high degree of litigant and lawyer satisfaction with skills of the mediators that were involved in mediation sessions in both Ottawa and Toronto. (See Figures 6.1 and 6.2 in the *Evaluator's Report.*). There are mediators available to eliminate any backlog, but it may be that litigants and lawyers in Ottawa are delaying the mediation to accommodate the schedule of their chosen mediator. In this regard, it should be recalled that in Ottawa most mediators are selected rather than appointed. The Evaluation Committee recommends that this situation of possible backlog be investigated and monitored. In any event, there may not be a genuine problem because although mediation sessions may be delayed to accommodate particular mediators, this may result in more settlements, given that the *Evaluator's Report* indicates that selecting the mediator improves the chances of a settlement. We also recommend that local mandatory mediation committees monitor the phenomena of a small number of mediators accounting for a large number of mediations. If this phenomena continues, it will affect how to manage the roster of mediators.

*Mediator Remuneration*

The Evaluation Committee received a letter from a mediator, who wrote on behalf of several mediators. The Committee also received a copy of a letter from a lawyer addressed to the Attorney General. A copy of a third letter, which included a report from the Canadian Bar Association (Ontario) - ADR Section, the Arbitration and Mediation Institute of Ontario Inc. and the Dispute Resolution Alliance of Ontario, was also received. These letters raise issues about mediator remuneration. For example, the mediator suggests that the tariff, which is enacted by the provincial government, should make it clear that mediators may with the agreement of the parties charge a market rate for preparation time beyond the usual one-hour provided under the tariff. Second, he suggests that the tariff should be raised to $200.00 per hour with periodic increases to account for inflation. He states that this increase is necessary to discourage qualified mediators from leaving the roster. Third, he advises that mediators, particularly assigned mediators, are experiencing difficulties getting paid and he suggests that Rule 24.1 be amended to provide that failure to pay a mediator should be grounds to have a party's pleading stuck out. In his letter, the lawyer describes a mediation session conducted by an assigned mediator who refused to commence the mediation unless the counsel for the parties signed an agreement to be responsible for the mediator's fee. The lawyer states that this put counsel in an intolerable situation in the context of a compulsory procedure.

As already noted above, the matter of mediator remuneration is outside the authority of the Civil Rules Committee. It was also a matter that was not explored in any depth by the evaluators or by the Evaluation Committee. The main observations that the Evaluation Committee has are the obvious ones that the success of Rule 24.1 depends, in part, on the participation of competent mediators and that, to date, there has not been a problem securing adequate mediator participation. One recommendation we have is that the Civil Rules Committee recommend to the Ministry of the Attorney General and to the local mediation committees that they continually monitor the matter of mediator remuneration and its effect on membership on the roster of mediators and that the province adjust the tariff as needed to maintain the quality of the mandatory mediation program.

As for the mediator's suggestion that the rules provide that pleadings be struck out if the mediator is not paid, this, like the lawyer's report, concerns the difficulties of the circumstance that the mediators are paid by parties that have no choice but to incur the expense of the mediation. However, making appropriate financial arrangements with the mediator would not appear to be a problem in Ottawa because most mediators are chosen by the parties, and incidents like the one reported by the lawyer may be more of a problem in Toronto where more mediators are assigned. As a response to these problems, the Evaluation Committee does not favour the idea that the payment of the mediators should become an interlocutory matter in a proceeding. In our view, there is no readily available rules-based

solution to problems associated with the arrangements between the parties and the mediator and these problems must be addressed by the local mediation committee.

*Rule 76 - The Simplified Procedure*

Whether Rule 76 cases, that is simplified proc[illegible]re cases, should be subject to mandatory mediation, as they were in Ottawa, is a matter of some co[illegible]versy. Simplified procedure cases fared well under mandatory mediation in Ottawa; 51% of this type of case completely settled at or within 7 days of mediation. Another 10 % achieved partial settlements. As noted above, Rule 76 was only excluded from the pilot project in Toronto so as to not compromise an evaluation of the merits of Rule 76. Simplified procedure cases clearly are suitable for mandatory mediation.

The controversial question, however, is whether the cost associated with mandatory mediation outweighs the benefit for a type of case for which the procedure is meant to be minimalist and inexpensive. To quote the October 2000 Evaluation Report of the Simplified Procedure Subcommittee at pp. 24-5:

At present the Evaluation Committee has concerns about the cost of introducing a separate mandatory-mediation step into the Simplified Procedure. The Simplified Procedure's purpose, of ensuring wide access to the Courts through the elimination of costly interlocutory steps, would be contradicted if a mandatory-mediation step were introduced. It is the view of the Evaluation Committee that an early, mediative pre-trial, with clients in attendance will serve a variety of important functions. Most importantly, a mediative pre-trial would provide an opportunity to resolve matters at an early stage in the proceeding, before significant costs have been expended. In cases of lower monetary amounts, costs are often a barrier to settlement. It appears that the Simplified Procedure cases are being resolved in a timely fashion without the extra cost and delay of a mediation step.

The argument of the Simplified Procedure Subcommittee appears to be that mandatory mediation is not as needed for Rule 76 cases and that the benefit of a mandatory mediation, which might yield an earlier settlement, is not worth the additional cost. This argument is bolstered by the fact that the evaluation of Rule 76 revealed that the simplified procedure cases unaided by mandatory mediation are disposed of more quickly that comparable cases were disposed of before the introduction of Rule 76. The independent evaluation of the simplified procedure indicated that for actions commenced in 1998, 79% of all simplified procedure cases were resolved within 1½ years of the filing of the statement of defence. This compares to 39.2% for pre-Rule 76 cases. After 2 years, 84.1 % of the Rule 76 cases commenced in 1998 had been disposed of. This compares to 45.6% before the introduction of Rule 76.

The Evaluation Committee thinks that there may not be an absolute answer to this debate. Put somewhat differently, litigants and lawyers in some communities might wish to include Rule 76 cases in their local mandatory mediation program, while lawyers and litigants in other places where legal expenses are higher might not wish to increase the costs of a simplified procedure by a mandatory mediation session. There are also perhaps differences in community resources that would be relevant to deciding whether Rule 76 cases should be included in the inventory of cases to be mediated. The Evaluation Committee therefore recommends that the regional senior judge after consultation with the local mediation committees decide whether Rule 76 cases are subject to mandatory mediation under Rule 24.1 in his or her region. This recommendation could be implemented by an amendment to Rule 24.1.04 (2) to provide that the Rule does not apply to an action under Rule 76 (Simplified Procedure) unless the regional senior judge so directs.

*Commercial List Cases*

Actions on the Toronto Commercial List have not been subject to mandatory mediation because they have not been governed by Rule 77 but rather by their own case management process. We cannot comment about the appropriateness of including or excluding these cases from the mandatory mediation program. We think, however, that this issue should not be overlooked. We therefore recommend that the Commercial List Users' Committee be asked to examine the role of mandatory mediation in commercial list actions and to make a recommendation to the Civil Rules Committee.

*Construction Lien Cases*

*Construction Lien Cases* are excluded from mandatory mediation because they are excluded from case management under Rule 77. The Evaluation Committee received a letter from the Arbitration and Mediation Institute of Ontario Inc. ("AMIO") dated December 7, 2000. The letter states:
AMIO proposes that construction lien cases be added to the OMMP. Many of the companies that comprise the construction community are small businesses. They cannot afford the long delays associated with the adjudication of construction lien cases. We understand that litigants are unable to obtain trial dates before 2002. If many of the current cases on the list could be resolved earlier through mediation, the trial dates for those that remain could be moved ahead. Construction cases are particularly well suited for mediation due to their inherent complexity and the magnitude of some of the claims.

The Evaluation Committee cannot think of a reason for excluding construction lien cases from mandatory mediation and recommends that either Rule 77 be amended to include these cases, in which case, they would fall within Rule 24.1, or that Rule 24.1 be amended to add construction lien cases. The latter solution may be preferable because it may not be practical to combine the procedural requirements of the *Construction Lien Act* with Rule 77.

*Authority to Settle*

In Chapter 6 of the *Evaluator's Report*, based on questionnaire responses, the evaluator's indicate that 15% of the lawyers in Ottawa and 18% of the lawyers in Toronto agreed with the statement "At least one of the parties [at the mediation session] did not have authority to reach an agreement." The evaluators then report that 19% of the mediators in Ottawa and 18% of the mediators in Toronto said that there likely would have been an improvement in the mediation session in settling or narrowing the issues if one or more additional parties with authority to settle had been present at the mediation. These results suggest that the participants are not sufficiently aware of subrule 24.1.11 (2) which provides that a party who requires another person's approval before agreeing to a settlement, shall, before the mediation session, arrange to have ready telephone access to the other person throughout the session, whether it takes place during or after regular business hours. The Subcommittee recommends that efforts should be made to increase the awareness of the participants to the requirements of subrule 24.1.11 (2).

## F. Recommendations

The Evaluation Committee makes the following recommendations.

1. We recommend that the sunset provision in Rule 24.1 be revoked and that the rule should be made a permanent feature of the *Rules of Civil Procedure*.

2. We recommend that the provisions in Rule 24.1 about the timing of the mediation session not be changed but that efforts should be made to increase the awareness of the availability of extensions under subrules 24.1.09 (1) and (2), which subrules should be modestly amended, as set out above.

3. We recommend that steps be taken to monitor whether there are backlogs in the completion of the mediation session within the 150 day period prescribed by Rule 24.1.

4. We recommend that local mandatory mediation committees monitor the phenomena of a small number of mediators accounting for a large number of mediations.

5. We recommend that the Ministry of the Attorney General and the local mediation committees continually monitor the matter of mediator remuneration and its effect on membership on the roster of mediators and that the province adjust the tariff as needed to maintain the quality of the mandatory mediation program.

6. We recommend that the Regional Senior Judge after consultation with the local mediation committees decide whether Rule 76 cases are subject to mandatory mediation under Rule 24.1 in his or her region.

7. We recommend that the Commercial List Users' Committee be asked to examine the role of mandatory mediation in commercial list actions and to make a recommendation to the Civil Rules Committee.

8. We recommend that either Rule 77 be amended to include construction lien cases, in which case, they would fall within Rule 24.1, or that Rule 24.1 be amended to add construction lien cases.

9. We recommend that efforts should be made to increase the awareness of the participants in mediation sessions to the requirements of subrule 24.1.11 (2) about authority to settle.

# Rapport du Comité d'évaluation

# du projet pilote de médiation obligatoire

**Comité d'évaluation a remis au Comité des règles en matière civile de l'Ontario**
**le mars 12, 2001**

**Rapport du Comité d'évaluation**
**du projet pilote de médiation obligatoire**


A. Introduction ..... 2

B. La question et la méthodologie ..... 3

C. Arguments en faveur et contre la Règle 24.1 ..... 5

D. Le délai et la durée de la médiation ..... 8
*Le délai de la médiation* ..... 8
*La durée de la médiation* ..... 11

E. Autres questions et problèmes possibles ..... 11
*L'offre et la demande de médiateurs* ..... 11
*Honoraires des médiateurs* ..... 12
*La Règle 76 - une procédure simplifiée* ..... 13
*Litiges commerciaux* ..... 14
*Litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction* ..... 14
*Pouvoir de transiger* ..... 14

F. Recommendations ..... 15

## Rapport du Comité d'évaluation du projet pilote de médiation obligatoire

### A. Introduction

Quand le Comité des règles en matière civile a promulgué la Règle 24.1 (médiation obligatoire), il y a inclus une disposition prévoyant l'abrogation de cette dernière le 4 juillet 2001 et l'établissement d'un Comité d'évaluation se composant de membres de la magistrature, du Barreau, du monde de la médiation et du public pour coordonner l'évaluation de ladite règle. Cette évaluation devait se dérouler conformément a un engagement pris par l'ancien procureur général, M. Charles Harnick : son ministère assumerait le coût d'une évaluation indépendante se fondant dans une large mesure sur un cadre d'évaluation, intitulé « *Mandatory Mediation in Case Managed Civil Cases: Evaluation Framework* » et préparé par le professeur Carl Baar et M. Robert Hann. Il incombait au Comité d'évaluation de coordonner l'évaluation et de s'assurer que le Comité des règles en matière civile détiendrait les données pertinentes pour prendre une décision quant à l'avenir de la Règle sur la médiation obligatoire. Ce qui suit constitue le rapport que le Comité d'évaluation a remis au Comité des règles en matière civile.

Voici les principales conclusions et recommandations que l'on trouve dans le rapport du Comité d'évaluation : (1) La Règle 24.1 devrait devenir un élément permanent des *Règles de procédure civile;* et (2) il faudrait la modifier de façon que les délais de la séance de médiation soient plus souples.

Les membres du Comité d'évaluation sont : Robert Blair, juge principal régional, Cour supérieure; Bryan A. Carroll, Borden Ladner Gervais LLP; Jonathan Fidler, Malach & Fidler; Stanley G. Fisher, Heenan, Blaikie; Jerry Friedman; Anne E. Grant, Mediated Solutions Incorporated; Peter H. Griffin, Lenczner, Slaght, Royce, Smith, Griffin; Carolyn J. Horkins, Smith, Lyons; Andrew S. Mathers; James E. McNamara, Marcus, Parnega & McNamara; Ann Merritt, ministère du Procureur général; Paul F. Morrison, McCarthy, Tétrault; John P. O'Toole, Gowling, Strathy & Henderson; Debra Paulseth, directrice de la gestion des tribunaux de la région de Toronto; Paul Perell, WeirFoulds LLP (président); Giovanna Roccamo, Nelligan O'Brien Payne; Felicia Smith, Barreau du Haut-Canada et Garry D. Watson, Osgoode Hall Law School. Le Comité d'évaluation a aussi bénéficié de l'aide de Susan Charendoff, conseillère principale en politiques, ministère du Procureur général et de Heather Daley, coordonnatrice locale de la médiation, Toronto.

Le ministère du Procureur général a engagé Robert Hann and Associates Limited pour préparer l'évaluation indépendante, qui s'intitule *Évaluation du Programme de médiation obligatoire de l'Ontario (Règle 24.1) : Rapport final - Les 23 premiers mois*. Robert G. Hann et Carl Baar, accompagnés de Lee Axon, Susan Binnie et Fred Zemans, l'ont présentée au Comité d'évaluation. Dans le présent document, on appelle tout simplement le rapport des évaluateurs le *Rapport d'évaluation*.

Dans le *Rapport d'évaluation*, les évaluateurs remercient chaleureusement un groupe impressionnant de membres de la magistrature, du Barreau, du milieu de la médiation, du ministère et du public de leur participation à l'immense effort déployé pour évaluer non seulement la Règle 24.1, mais aussi le programme de médiation obligatoire du ministère et son infrastructure. Le Comité d'évaluation fait écho à cette gratitude et remercie également M. Hann, le professeur Baar et leur équipe de leur dévouement, enthousiasme et intérêt à l'égard du projet d'évaluation. Le *Rapport d'évaluation* constitue un apport précieux non seulement pour l'Ontario, mais aussi pour d'autres compétences s'intéressant au rôle de la médiation obligatoire dans l'administration de la justice.

Le rapport du Comité d'évaluation comprend six parties :

A. Introduction
B. La question et la méthodologie
C. Arguments en faveur et contre la Règle 24.1
D. Le délai et la durée de la séance de médiation
E. Problèmes possibles
F. Recommandations

## B. La question et la méthodologie

La Règle 24.1 met sur pied un projet pilote à Ottawa et à Toronto. Elle stipule que, dans les actions civiles assujetties à la gestion des causes, une séance de médiation doit avoir lieu dans les 90 jours qui suivent le dépôt de la première défense, avec possibilité de reporter la séance de médiation de 60 jours dans le cas d'une action placée dans la voie ordinaire, si les parties y consentent. Dans toutes les instances, le tribunal détient la compétence, sur motion d'une partie, de rendre une ordonnance qui soustrait l'action à l'application de la médiation obligatoire, et celle de raccourcir ou de prolonger le délai de la séance de médiation. Il existe une liste de médiateurs, ces derniers étant nommés et leur performance surveillée par un comité local de médiation. Les plaideurs peuvent choisir un médiateur qui figure ou non sur la liste. S'ils ne choisissent pas de médiateur, le coordonnateur local de la médiation, auquel la responsabilité de l'administration de la médiation incombe dans le comté, désigne alors un médiateur dont le nom figure sur la liste. Au moins sept jours avant la séance de médiation, chaque partie est tenue de préparer un exposé des questions en litige et d'en remettre une copie à chacune des autres parties et au médiateur; le demandeur doit fournir une copie des actes de procédure au médiateur. L'exposé des questions en litige précise les questions de fait et de droit qui causent le différend et expose brièvement la position et les intérêts de la partie faisant la déclaration. Les parties, et leurs avocats si elles sont représentées, sont tenus d'assister à la séance de médiation, sauf ordonnance contraire du tribunal. Dans les 10 jours qui suivent la séance de médiation, le médiateur doit présenter un rapport au coordonnateur local de la médiation et aux parties. Les médiateurs sont rémunérés selon un barème établi en vertu du Règlement de l'Ontario 451/98 qui prévoit les honoraires pour une demi-heure de préparation par partie et un maximum de trois heures de médiation effective. Si la séance de médiation dure plus de trois heures, les honoraires du médiateur pour le temps additionnel doivent faire l'objet d'une entente privée avec le médiateur.

L'évaluation visait ultimement à déterminer si l'adoption de la Règle 24.1, imposant une séance de médiation pour les actions régies par le système de gestion des causes, avait un effet positif ou négatif sur l'administration de la justice en Ontario. Pour ce faire, les évaluateurs ont étudié l'impact réel de la Règle à Ottawa et à Toronto, sous la supervision du Comité de l'évaluation et avec l'aide de ce dernier. Ils ont examiné les répercussions réelles de la Règle 24.1 ainsi que l'attitude des plaideurs, avocats, médiateurs et membres de l'administration du Programme de médiation obligatoire à l'égard de celle-ci et de la manière dont elle répondait à leurs attentes. Ils ont examiné les conséquences de la Règle dans quatre domaines, soit (1) son effet sur l'allure à laquelle les litiges sont réglés pour déterminer si elle accélère ou retarde le règlement du litige ou si elle affecte le déroulement des instances; (2) son effet sur le coût du litige (3) son effet sur la qualité des résultats du règlement pour déterminer si les séances de médiation permettent entre autres de régler complètement ou en partie les litiges et (4) son effet sur la médiation elle-même et sur la procédure.

Compte tenu des circonstances quelque peu différentes qui prévalaient à Ottawa et à Toronto et des quatre volets à étudier, les évaluateurs ont choisi une méthodologie se fondant sur différentes techniques pour recueillir des données sur l'effet de la Règle 24.1 à Ottawa et à Toronto. Les évaluateurs ont analysé les rapports que les médiateurs doivent fournir conformément à la Règle après la séance de médiation. Ils ont rassemblé et analysé les questionnaires détaillés que les plaideurs,

avocats et médiateurs avaient remplis après les séances de médiation. Ils ont établi des statistiques à partir de la base de données que gère le ministère du Procureur général. À Toronto, un groupe témoin d'actions civiles assujetties à la gestion des causes, mais non à la médiation obligatoire, a été établi et comparé au groupe d'actions civiles assujetties à la gestion des causes et soumises à la médiation obligatoire. En fait, la mise sur pied de ce groupe témoin, fiable sur le plan statistique, a constitué une grande réussite de la méthode d'évaluation. Les évaluateurs ont organisé des groupes de réflexion et des entrevues. Ils ont étudié des documents. Ils ont classé, vérifié et analysé les données et comparé les résultats d'Ottawa à ceux de Toronto.

L'efficacité de la Règle 24.1 a été évaluée séparément pour Ottawa et Toronto, puis ensemble. Pour bien comprendre les résultats et nos observations, il est utile de savoir que la Règle 24.1 est appliquée dans des contextes différents à Ottawa et à Toronto. Citons à ce propos quatre différences importantes. Tout d'abord, à Ottawa, la Règle 24.1 constitue la norme dans les instances civiles, tandis qu'à Toronto, elle est l'exception à la norme. Pour être plus précis, environ 90 % des causes civiles ne relevant pas du droit de la famille sont assujetties à Ottawa à une médiation obligatoire, par rapport à 14 % à Toronto. Ensuite, à Ottawa, les causes relevant de la règle de la procédure simplifiée (Règle 76) sont assujetties à la médiation obligatoire, alors qu'à Toronto, elles en sont exclues. (Les causes régies par la procédure simplifiée ont été exclues car elles faisaient déjà l'objet d'une évaluation dans le cadre d'un autre projet et leur insertion en vertu de la Règle 24.1 aurait fait obstacle à ladite évaluation.) L'inclusion des actions régies par la Règle 76 à Ottawa est importante, car il s'est avéré qu'elles constituent un fort pourcentage des séances de médiation réussies. De plus, à Ottawa, la Règle 24.1 n'était pas nouvelle, puisque deux ans plus tôt un programme de médiation obligatoire similaire y avait été introduit en vertu d'une instruction relative à la pratique. À Toronto, en revanche, il s'agissait d'une pratique dans l'ensemble nouvelle. L'expérience précédente de Toronto en matière de médiation reposait sur une autre instruction relative à la pratique, projet pilote fondamentalement volontaire qui prévoyait un service de médiation gratuit offert par un petit groupe de médiateurs figurant sur une liste dans un nombre restreint de causes. Enfin, les avocats d'Ottawa, en raison vraisemblablement de leur familiarité avec la médiation, pratique normale pour eux, choisissent plus souvent des médiateurs dont le nom figure sur la liste que leurs homologues de Toronto, ces derniers laissant le coordonnateur local de la médiation désigner le médiateur dans un plus grand nombre de causes. Ainsi, à Ottawa, les avocats choisissent un médiateur de la liste dans 82 % des cas, par rapport à 53 % à Toronto. Le mode de sélection du médiateur est important, puisqu'il advient que le choix d'un médiateur par les parties plutôt que sa désignation par le coordonnateur local de la médiation constitue un facteur clé des chances de succès de la séance de médiation; le nombre de médiations déjà conduites par le médiateur en vertu de la Règle 24.1 joue aussi un rôle important.

Pour bien comprendre le *Rapport d'évaluation* et le présent rapport, il est important de reconnaître les différences de contexte ou de situation entre Ottawa et Toronto, car la méthode d'évaluation décrite ci-dessus a étudié les caractéristiques des deux centres et en a tenu compte. De surcroît, les observations et les conclusions tirées des résultats obtenus dans les deux centres se fondaient sur les similitudes et les différences. Lors de l'évaluation des observations et des conclusions, il peut être utile de garder à l'esprit le fait qu'il est possible qu'Ottawa soit davantage prête à suivre la Règle et Toronto plus réticente, car la médiation obligatoire est la norme dans la première et non dans la deuxième, et parce que les causes régies par la Règle 76 font partie de l'expérience d'Ottawa et non de celle de Toronto. Si cette hypothèse s'avère exacte, on peut alors prévoir des résultats positifs à Ottawa (ce qui a été en fait le cas), alors qu'à Toronto des résultats cohérents et positifs seraient impressionnants (ce qui a aussi été le cas). Il est alors possible que les résultats à Toronto viennent rejoindre ceux d'Ottawa une fois que la médiation obligatoire y deviendra la norme.

## C. Arguments en faveur et contre la Règle 24.1

D'après le *Rapport d'évaluation*, les arguments en faveur de l'insertion permanente de la Règle 24.1 dans les *Règles de procédure civile* sont solides et ceux contre son abandon, maigres. Si, selon les résultats donnés dans le *Rapport d'évaluation*, il y a encore matière à amélioration (en particulier en ce qui concerne la plus grande souplesse dont doivent faire l'objet les délais de la séance de médiation) et la Règle ne fonctionne pas encore à plein, il semble néanmoins que la médiation obligatoire, en vertu des Règles, soit une initiative réussie.

Une constatation clé est faite dans le *Rapport d'évaluation* (Chapitre 3) : les actions de toutes catégories régies par la gestion des causes sont réglées plus vite aux termes de la Règle 24.1 que les causes comparables qui ne sont pas assujetties à cette dernière. Le règlement des actions de tout genre relevant du programme de médiation obligatoire est plus rapide que celui des causes qui ne le sont pas. La comparaison à Toronto d'actions régies par la gestion des causes assujetties à la Règle 24.1 à un groupe témoin d'actions régies par la gestion des causes mais contestées avant l'entrée en vigueur de la Règle 24.1, a prouvé cet excellent résultat. Quand on compare des actions régies par la gestion des causes à Toronto à des actions semblables à Ottawa, également régies par la Règle 24.1, le règlement des litiges est encore plus précoce à Ottawa, ce qui corrobore la conclusion selon laquelle la médiation obligatoire favorise le règlement rapide de tous les genres de litiges. Les résultats obtenus à Ottawa suggèrent également que ceux de Toronto, bien que bons, auraient pu être encore meilleurs si la Règle 24.1 y avait été la norme au lieu de l'exception. Les résultats à Ottawa étaient même meilleurs en vertu de l'ancienne instruction relative à la pratique, ce qui indique peut-être qu'on peut obtenir des résultats encore meilleurs à Ottawa et à Toronto.

Un autre aspect remarquable et important du règlement plus rapide des actions soumises à la médiation obligatoire est que l'effet de cette dernière s'applique aussi aux affaires qui ne sont pas réglées pendant la séance de médiation. Autrement dit, la portée de la médiation obligatoire se poursuit après la séance de médiation. Autre élément positif : l'effet de la médiation obligatoire se fait sentir même dans les causes dont le taux de règlement par le biais de la médiation obligatoire est faible. Par exemple, les causes relatives à une faute professionnelle médicale, genre d'action se caractérisant par un taux de règlement global faible à l'étape de la médiation, ont été réglées plus rapidement que les actions comparables du groupe témoin qui ne relevait pas de la médiation obligatoire.

Le *Rapport d'évaluation* indique que pour toutes les catégories de causes confondues, la séance de médiation obligatoire a conduit à un règlement complet dans environ quatre affaires sur dix. Ceci représente un nombre important de différends réglés au début des instances et vraisemblablement des économies pour les parties. (Comme nous l'expliquons plus loin, les résultats varient suivant les catégories de causes.) Ce résultat, observé à Ottawa et à Toronto, a été assez uniforme pendant les 23 mois de l'évaluation.

Le *Rapport d'évaluation* indique qu'une séance de médiation obligatoire conduit à un règlement partiel dans environ deux causes sur dix. Toutefois, le mérite d'un règlement partiel pose un problème, car il est difficile de déterminer si une question a été vraiment réglée dans la mesure où la procédure se poursuit et où tout rapport sur un règlement partiel comporte toujours une dose importante de subjectivité. Cela dit, la crédibilité des résultats de ces règlements partiels a été rehaussée dans le *Rapport d'évaluation* puisque, dans le questionnaire qu'ils avaient préparé, les évaluateurs vérifiaient si les points en litige réglés correspondaient aux différends que les parties avaient mentionnés dans l'exposé des questions en litige. Comme il l'a été indiqué plus haut, l'exposé des questions en litige

est préparé avant la séance de médiation. À Ottawa, dans 96 % des causes partiellement réglées, les points réglés figuraient en tout ou en partie dans l'exposé des questions en litige, par rapport à 67 % à Toronto.

Le *Rapport d'évaluation* indique que, comparé aux règlements complets ou partiels, dans environ quatre causes sur dix au total (nombre très important d'actions s'il en est), aucun règlement n'a été atteint, même partiel. Ces importants résultats négatifs sembleraient à première vue renforcer le dossier de ceux qui préconisent l'élimination du programme de médiation obligatoire, en raison du temps perdu et des dépenses engendrées par ces causes. Toutefois, le *Rapport d'évaluation* fournit des données laissant à penser qu'une baisse de ces mauvais résultats est possible. Ainsi, il se peut que, pour certaines catégories de causes, la séance de médiation ait lieu trop tôt (nous abordons cette question plus loin) et que si les délais limites pouvaient être prolongés pour certains types de causes (c'est d'ailleurs l'une de nos recommandations), on pourrait obtenir de meilleurs résultats. En tout cas, d'autres résultats mentionnés dans le *Rapport d'évaluation* indiquent que la médiation obligatoire, même si elle ne conduit pas immédiatement à un règlement complet ou partiel, comporte des avantages réels ou perçus. Par exemple, comme on l'a noté ci-dessus, les causes assujetties à la médiation obligatoire ont tendance à être réglées plus rapidement, même si une solution n'est pas trouvée à l'étape de la médiation. De plus, comme il l'est expliqué ci-dessous, la réaction subjective des participants à la médiation obligatoire a dans l'ensemble été positive.

Les réponses aux questionnaires étayaient la conclusion selon laquelle la médiation obligatoire réduit le coût des litiges. Les réponses des groupes de réflexion à ce propos, bien que moins fortes, étaient toutefois positives. En dépit du caractère anecdotique et assez subjectif de ces réponses, l'une des conclusions générales a été que, lorsque les différends sont réglés lors de la séance de médiation ou juste après, les avocats et les plaideurs estiment que des économies de frais d'avocat ont été réalisées. Les plaideurs interrogés après le règlement de leur affaire étaient convaincus (86 % à Ottawa et 84 % à Toronto) que les coûts avaient été moindres. (Voir Figure 4.4 dans le *Rapport d'évaluation*.) Les avocats en étaient tout aussi persuadés (80 % à Ottawa et 78 % à Toronto). (Voir Figure 4.5 dans le *Rapport d'évaluation*). Compte tenu de la constatation faite plus haut, à savoir que même dans le cas de l'échec de la médiation, le règlement des litiges est plus rapide, il semblerait que des économies soient aussi réalisées même quand les litiges ne sont pas réglés au cours de la séance de médiation ou peu après.

La réaction subjective à l'égard de la médiation obligatoire a été dans l'ensemble positive, surtout à Ottawa, où le recours à la Règle 24.1 est la norme. Voici un échantillon des réponses des participants d'Ottawa :

- 80 % des avocats d'Ottawa étaient d'accord avec l'affirmation « J'ai trouvé dans l'ensemble la médiation obligatoire satisfaisante comme expérience ».
- 82 % des plaideurs d'Ottawa étaient d'accord avec l'affirmation « J'ai trouvé dans l'ensemble la médiation obligatoire satisfaisante comme expérience ».
- 61 % des avocats d'Ottawa étaient d'accord avec l'affirmation « Le processus a bien servi la justice ».
- 61 % des plaideurs d'Ottawa étaient d'accord avec l'affirmation « Le processus a bien servi la justice ».
- 86 % des avocats d'Ottawa ont répondu par l'affirmative à la question « en supposant que vous ayez le choix, auriez-vous à nouveau recours à la médiation obligatoire pour résoudre des litiges similaires dans des circonstances similaires? »
- 88 % des plaideurs d'Ottawa ont répondu par l'affirmative à cette même question.

Voici maintenant un échantillon des réponses des participants de Toronto :

- 59 % des avocats de Toronto étaient d'accord avec l'affirmation « J'ai trouvé dans l'ensemble la médiation obligatoire satisfaisante comme expérience ».
- 65 % des plaideurs de Toronto étaient d'accord avec l'affirmation « J'ai trouvé dans l'ensemble la médiation obligatoire satisfaisante comme expérience ».
- 43 % des avocats de Toronto étaient d'accord avec l'affirmation « Le processus a bien servi la justice » (et 25 % étaient neutres).
- 39 % des plaideurs de Toronto étaient d'accord avec l'affirmation « Le processus a bien servi la justice » (et 33 % étaient neutres).
- 66 % des avocats de Toronto ont répondu par l'affirmative à la question « en supposant que vous ayez le choix, auriez-vous à nouveau recours à la médiation obligatoire pour résoudre des litiges similaires dans des circonstances similaires? »
- 73 % des plaideurs de Toronto ont répondu par l'affirmative à cette même question.

Autres éléments positifs : d'après le *Rapport d'évaluation*, la possibilité de parvenir à un règlement dépend entre autres de l'expérience du médiateur. Autrement dit, les médiateurs qui détiennent beaucoup d'expérience ont plus de chances de régler un litige. Élément positif, car il suggère qu'au fur et à mesure que l'expérience de chaque médiateur augmente et que davantage de médiateurs en acquiert, les résultats du programme de médiation obligatoire s'amélioreront. Autre fait positif : les avocats et les plaideurs se sont dit très satisfaits de la compétence avec laquelle les médiateurs ont conduit les négociations. D'après les réponses aux questionnaires, 83 % des avocats et 82 % des plaideurs à Ottawa, et 67 % des avocats et 69 % des plaideurs à Toronto ont exprimé leur satisfaction à ce propos. De la même façon, les deux groupes se sont en général entendu pour dire que le médiateur comprenait bien les questions juridiques qui étaient importantes dans la cause en question. À Ottawa, 90 % des avocats et 84 % des plaideurs, et à Toronto, 72 % des avocats et 74 % des plaideurs ont exprimé leur satisfaction à ce propos.

Le Comité d'évaluation conclut et recommande par conséquent que la disposition prévoyant l'abrogation de la Règle 24.1 soit annulée et que la Règle soit définitivement ajoutée aux *Règles de procédure civile*. On trouvera ci-dessous plusieurs recommandations à propos des modifications qui pourraient être apportées à la Règle pour l'améliorer.

## D. Le délai et la durée de la séance de médiation

*Le délai de la séance de médiation*

Le délai de la séance de médiation soulève plusieurs problèmes qui sont étudiés dans le *Rapport d'évaluation*. En vertu de la Règle 24.1, la séance de médiation obligatoire doit se tenir dans les 90 jours qui suivent le dépôt de la première défense, sauf ordonnance contraire du tribunal. Dans le cas d'une action placée dans la voie ordinaire, la séance de médiation peut être reportée d'une période maximale de 60 jours si le consentement des parties est déposé auprès du coordonnateur de la médiation.

L'un des problèmes à propos des délais de la séance de médiation est de savoir si les limites prévues par la Règle sont appropriées et respectées. D'après les données fournies dans le *Rapport d'évaluation*, la réponse est dans l'ensemble « oui ». La médiation obligatoire d'environ 85 % des actions est terminée dans la limite de 150 jours. Selon ces résultats, il serait par conséquent difficile de défendre un changement en ce qui concerne les délais. De plus, le *Rapport d'évaluation* laisse

entendre que le nombre des causes qui dépassent la limite de 150 jours pourrait être le résultat d'une accumulation de causes en souffrance que le programme est dans l'impossibilité de traiter à temps. (On aborde cette possibilité plus tard dans le présent rapport). Si cette explication est exacte, il y a encore moins de raisons de modifier les délais prévus par la Règle. De plus, un changement des délais de 90 et de 150 jours prévus à l'heure actuelle par la Règle irait à l'encontre du principe derrière la médiation obligatoire, à savoir de soumettre tôt les litiges à la médiation, de façon à optimiser les économies de coût réalisées lors d'un règlement rapide ou plus précoce.

Ces commentaires, toutefois, ne suffisent pas à clore la question des délais. Il faut étudier ces derniers à la lumière des observations faites dans le *Rapport d'évaluation* à propos des impressions des médiateurs, des avocats et des plaideurs (exprimées dans leurs réponses aux questionnaires sur leurs propres séances de médiation et également dans le cadre des groupes de réflexion), à savoir que dans certains cas, la séance de médiation aurait dû avoir lieu à une étape ultérieure de la procédure. La question des délais doit aussi être analysée à la lumière des constatations faites par les évaluateurs à propos de l'importance de la catégorie de la cause dans la réussite de la médiation. De la même façon que pour les impressions, les réponses aux questionnaires à ce sujet ont été très différentes à Ottawa et à Toronto. À Ottawa, 18% des médiateurs contre 42 % à Toronto ont indiqué qu'il aurait mieux valu que la séance de médiation soit retardée. Ces chiffres étaient de 22 % à Ottawa contre 54 % à Toronto pour les avocats et de 9 % à Ottawa contre 31% à Toronto pour les plaideurs. En ce qui a trait à l'importance du type de la cause, le *Rapport d'évaluation* indique qu'à Toronto les chances d'un règlement complet sont faibles pour deux catégories de causes : les obligations fiduciaires et les fautes professionnelles médicales. À Ottawa, en plus de ces deux catégories, les chances de règlement complet sont faibles pour les actions touchant des questions de contrats commerciaux.

Même si on écarte les réponses de Toronto, considérant qu'elles sont dues au fait que la médiation obligatoire n'y est pas la norme, l'opinion selon laquelle la séance de médiation obligatoire survient trop tôt dans le cas de certaines causes persiste. Les conclusions des évaluateurs sur les catégories de causes corroborent cette opinion. De plus, le bon sens suggère aussi que tous les genres de causes ne se prêtent pas à une séance de médiation précoce. Il s'ensuit vraisemblablement que les chances de succès d'une séance de médiation augmenteraient si, dans le cas de certains types de causes, on la retardait. Que faire dans cette situation? À première vue, il semblerait qu'il y ait deux solutions. Premièrement, on pourrait modifier la Règle et y stipuler dans quels types de causes un traitement spécial s'appliquerait. Ainsi, les actions relatives à une faute professionnelle médicale pourraient se voir accorder un sursis jusqu'après les interrogatoires obligatoires, si les parties y consentent. Deuxièmement, et il s'agit d'une solution plus simple, on pourrait s'efforcer de sensibiliser davantage les intéressés à l'existence des paragraphes 24.1.09 (1) et (2) qui prévoient des prorogations des délais. Une modification de ces dispositions donnerait une plus grande souplesse. Ces paragraphes de la Règle stipulent à l'heure actuelle ce qui suit :

*Les délais*

24.1.09 (1) La séance de médiation se tient dans les 90 jours qui suivent le dépôt de la première défense, sauf ordonnance contraire du tribunal.

*Prorogation ou abrègement de délai*

(2) Lorsqu'il examine s'il y a lieu d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe (1), le tribunal tient compte de toutes les circonstances et notamment de ce qui suit :

a) le nombre de parties et le degré de complexité des questions en litige dans l'action;

b) si une partie a l'intention de présenter une motion en vertu de la Règle 20 (jugement sommaire), de la Règle 21 (décision d'une question avant l'instruction) ou de la Règle 22 (exposé de cause);

c) si la médiation a vraisemblablement plus de chances de réussir si elle est reportée pour permettre aux parties d'obtenir plus de renseignements.

On pourrait mieux faire connaître ces règlements par le biais de programmes permanents de formation juridique ou en remettant aux participants de la documentation sur le programme de médiation obligatoire.

Le Comité d'évaluation recommande de choisir la deuxième solution et d'attendre d'avoir acquis une expérience suffisante pour déterminer avec précision les sortes de causes qui ne se prêtent pas à une séance de médiation précoce. Bref, le comité recommande que les dispositions de la Règle 24.1 relatives aux délais de la séance de médiation ne soient pas modifiées pour accorder un traitement particulier à différents types de causes jusqu'à ce qu'il soit possible de le faire avec précision. Toutefois, il recommande que des efforts soient déployés pour informer les intéressés des prorogations possibles en vertu des paragraphes révisés 24.1.09 (1) et (2). Selon nous, l'octroi immédiat d'un traitement spécial à des types de cause particuliers poserait des problèmes. Notamment, l'administration de la Règle 24.1 serait plus difficile et les parties pourraient être tentées d'abuser du droit de prorogation en classant leur cause dans la mauvaise catégorie. Autre difficulté : le classement des causes qui risquent de tomber dans plus d'une catégorie. La difficulté se corse encore avec le manque d'uniformité des caractéristiques d'exécution des causes. Par exemple, il se peut que la majorité des causes relatives à une faute professionnelle médicale tirent avantage d'un délai plus long pour la médiation obligatoire, mais que certaines causes de cette catégorie se prêtent bien à une séance de médiation précoce. Le *Rapport d'évaluation* confirme cette observation en mentionnant des médiations réussies dans tous les types de cause. Le Comité d'évaluation estime donc qu'il est préférable de continuer à exiger que les parties justifient une prorogation en vertu des paragraphes 24.1.09 (1) et (2). Nous recommandons néanmoins que ces dispositions soient appliquées avec plus de souplesse pour permettre des abrègements ou des prorogations. Toujours au chapitre de la souplesse, la Règle pourrait aussi traiter du problème qui surgit occasionnellement quand les actes de procédure ne peuvent être terminés à temps parce qu'il y a plusieurs défendeurs et que la médiation a lieu trop tôt. Une version plus souple du paragraphe 24.1.09 (2) est énoncée ci-dessous, les modifications étant soulignées. Une fois qu'une plus grande expérience aura été acquise en vertu de cette Règle et qu'une jurisprudence aura été élaborée, il sera peut-être possible de déterminer avec la précision qui s'impose les genres de causes qui ne se prêtent pas à une médiation obligatoire précoce.

*Prorogation ou abrègement de délai*

(2) Lorsqu'il examine s'il y a lieu d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe (1), le tribunal tient compte de toutes les circonstances et notamment de ce qui suit :

a) le nombre de parties, l'état des actes de procédure et le degré de complexité des questions en litige dans l'action;

b) si une partie a l'intention de présenter une motion en vertu de la Règle 20 (jugement sommaire), de la Règle 21 (décision d'une question avant l'instruction) ou de la Règle 22 (exposé de cause);

c) si la médiation a vraisemblablement plus de chances de réussir si elle est reportée pour permettre aux parties d'obtenir ~~plus de renseignements.~~ des preuves conformément à la :.

(i) Règle 30 (communication des documents),
(ii) Règle 31 (interrogatoire préalable),
(iii) Règle 32 (inspection des biens),
(iv) Règle 33 (examen médical),
(v) Règle 35 (interrogatoire préalable par le biais de questions écrites)

(d) si, compte tenu de la nature de la cause particulière ou de la situation des parties, la médiation a vraisemblablement plus de chances de réussir si la séance de médiation est rapprochée ou reportée.

*Durée de la médiation*

Le Règlement de l'Ontario 451/98 régit les honoraires des médiateurs et prévoit un barème pour une demi-heure de préparation pour chaque partie et jusqu'à trois heures de médiation effective. Le *Rapport d'évaluation* indique que 44 % des séances de médiation à Ottawa et 34 % à Toronto durent plus de trois heures. Il précise de plus que 19 % des séances de médiation à Ottawa et 16 % à Toronto durent plus de quatre heures. Il est permis de penser d'après ces chiffres qu'il serait peut-être souhaitable de réglementer les honoraires pour quatre heures de médiation, ce qui engloberait environ 80 % de toutes les séances de médiation. Question épineuse toutefois, car les plaideurs, qui paient, et les médiateurs, qui sont rémunérés, pourraient avoir des opinions divergentes quant aux barèmes. Il s'agit de surcroît d'une question hors du champ de compétence du Comité des règles en matière civile, mais qui intéresse ce dernier. La question des honoraires des médiateurs et d'autres préoccupations ayant trait aux médiateurs sont traitées dans la partie suivante du présent document.

## E. Autres questions et problèmes possibles

*L'offre et la demande de médiateurs*

Comme il l'a été remarqué dans la partie sur les délais de la médiation, quelque 15 % des séances de médiation ont lieu après le délai maximal de 150 jours prévu par la Règle. Dans le *Rapport d'évaluation*, les évaluateurs se demandent si les dossiers en attente sont en train de s'accumuler, surtout à Ottawa. Les évaluateurs recommandent une surveillance de la situation. Le Comité d'évaluation partage cet avis.

La question des arriérés des causes attire notre attention sur plusieurs autres préoccupations connexes, dont certaines ne sont pas étudiées en détail dans le *Rapport d'évaluation*. Quand le Comité des règles en matière civile discutait de l'introduction de la Règle 24.1, il se demandait avec une certaine inquiétude s'il y avait suffisamment de médiateurs qualifiés pour en dresser une liste à Ottawa et à Toronto. Le problème ne s'est pas concrétisé et il existe une longue liste de médiateurs dans les deux centres, bien qu'un petit nombre de médiateurs s'occupent d'un grand nombre de séances de médiation. D'après le *Rapport d'évaluation*, le nombre d'avocats et de plaideurs se disant satisfaits des compétences des médiateurs ayant dirigé des séances de médiation à Toronto et à Ottawa est relativement élevé. (Voir Figures 6.1 et 6.2 dans le *Rapport d'évaluation.*). Il y a suffisamment de

médiateurs disponibles pour éliminer le volume des causes en attente. Il se peut toutefois que les plaideurs et les avocats d'Ottawa retardent la séance de médiation en fonction de l'emploi du temps du médiateur qu'ils ont choisi. Rappelons à ce propos qu'à Ottawa, la plupart des médiateurs sont choisis et non nommés. Le Comité d'évaluation recommande de faire enquête et de surveiller le problème possible des arriérés de causes. De toutes façons, il est bien possible qu'il n'y ait pas vraiment de problème. En effet, même si des séances de médiation sont repoussées pour tenir compte de la disponibilité d'un médiateur, cette situation peut se traduire par un plus grand nombre de règlements puisque, selon le *Rapport d'évaluation*, les chances de parvenir à un règlement sont meilleures lorsque les parties choisissent leur médiateur. Nous recommandons aussi que les comités locaux de médiation surveillent la situation qui veut qu'une proportion importante des médiations soient conduites par un petit nombre de médiateurs. Si ce phénomène continue, la gestion de la liste des médiateurs en souffrira.

*Honoraires des médiateurs*

Le Comité d'évaluation a reçu une lettre rédigée par un médiateur au nom de plusieurs de ses confrères. Le comité a aussi reçu la copie de la lettre envoyée par un avocat au Procureur général. La copie d'une troisième lettre, qu'accompagnait un rapport de l'Association du Barreau canadien (Ontario) – Section du règlement extrajudiciaire de différends, des organismes Arbitration and Mediation Institute of Ontario Inc. et Dispute Resolution Alliance of Ontario, lui est aussi parvenue. Ces lettres soulevaient des questions sur les honoraires des médiateurs. Le médiateur suggère ainsi que les barèmes, qui sont promulgués par le gouvernement de l'Ontario, devraient préciser que les médiateurs peuvent demander, avec le consentement des parties, des honoraires correspondant à ceux du marché pour les heures de préparation dépassant le temps prévu en vertu de la Règle. Il suggère aussi que le barème des honoraires passe à 200 dollars l'heure, des augmentations périodiques s'y appliquant pour tenir compte de l'inflation. Il déclare que cette hausse s'impose pour décourager les médiateurs qualifiés de se faire rayer de la liste. Troisièmement, il affirme que les médiateurs, en particulier ceux qui sont désignés, éprouvent des difficultés de paiement. Il suggère par conséquent que la Règle 24.1 soit modifiée et stipule que le défaut de paiement d'un médiateur constitue un motif suffisant pour rejeter les actes de procédure d'une partie. Dans sa lettre, l'avocat décrit une séance de médiation où le médiateur désigné a refusé de commencer à moins que les avocats des parties signent un accord reconnaissant leur responsabilité en ce qui concerne les honoraires du médiateur. Selon l'avocat, il s'agissait d'une situation intolérable pour les avocats dans le cadre d'une procédure obligatoire.

Comme nous l'avons dit plus haut, la question de la rémunération des médiateurs n'est pas du ressort du Comité des règles en matière civile. C'est un volet que ni les évaluateurs ni le Comité d'évaluation n'ont étudié en profondeur. Les principales observations du Comité d'évaluation sont les plus évidentes, à savoir que le succès de la Règle 24.1 dépend en partie de la participation de médiateurs compétents et que, jusqu'à présent, en trouver n'a pas posé de problème. Nous recommandons entre autres que le Comité des règles en matière civile recommande au ministère du Procureur général et aux comités locaux de médiation de suivre continuellement la question de la rémunération des médiateurs et son effet sur la composition de la liste des médiateurs. Nous recommandons aussi que le gouvernement ajuste les barèmes selon les besoins pour maintenir la qualité du programme de médiation obligatoire.

En ce qui concerne la suggestion du médiateur, à savoir que les actes de procédure soient rejetés si le médiateur n'est pas payé, il s'agit, comme dans le cas de la situation exposée par l'avocat, d'une difficulté liée au fait que les parties paient les médiateurs, celles-ci n'ayant d'autre choix que d'assumer le coût de la médiation. Toutefois, à Ottawa, le passage d'un accord financier avec le

médiateur ne semble pas poser de problème dans la mesure où dans la plupart des cas, les parties choisissent leur médiateur. Par conséquent, des incidents comme celui signalé par l'avocat sont sans doute plus susceptibles de surgir à Toronto où les médiateurs sont le plus souvent désignés. Pour régler ces problèmes, le Comité d'évaluation ne pense pas que le paiement des médiateurs devrait devenir une question interlocutoire dans une instance. Selon lui, on ne peut pas, par le biais de règles, apporter une solution aux problèmes liés à l'entente passée entre les parties et le médiateur; il appartient au comité local de médiation de régler ces problèmes.

*La* Règle 76 – *une procédure simplifiée*

La question de savoir si les causes régies par la Règle 76, c'est-à-dire par la procédure simplifiée, doivent être assujetties à la médiation obligatoire, comme à Ottawa, est sujet à quelque controverse. À Ottawa, les actions régies par la procédure simplifiée ont obtenu de bons résultats en vertu de la médiation obligatoire; 51 % de ce genre de causes ont été complètement réglées au cours de la séance de médiation ou dans les sept jours qui ont suivi. Dix pour cent de plus sont parvenues à un accord partiel. Comme il l'a été indiqué plus haut, les causes relevant de la Règle 76 ont seulement été exclues du projet pilote à Toronto pour ne pas faire obstacle à une évaluation du bien-fondé de la Règle 76. De toute évidence, les causes régies par la procédure simplifiée se prêtent à une médiation obligatoire.

La polémique réside toutefois dans le coût de la médiation obligatoire. Est-ce que celui-ci se justifie dans un type de cause où la procédure est sensée être réduite au minimum et peu coûteuse. Citons à ce propos les pages 24-25 du rapport d'évaluation 2000 du sous-comité de la procédure simplifiée :

[À l'heure actuelle, le coût de l'introduction d'une étape séparée pour la médiation obligatoire dans la procédure simplifiée inquiète le Comité d'évaluation. L'introduction d'une étape de médiation obligatoire irait à l'encontre de l'objectif de la procédure simplifiée qui est d'élargir l'accès aux tribunaux en éliminant les étapes interlocutoires coûteuses. Selon le Comité d'évaluation, une séance de médiation rapide, préalable au procès, en présence des parties répondrait à diverses fonctions importantes. Plus important encore, une séance de médiation préalable au procès donnerait l'occasion de résoudre des questions du litige au début de l'instance, avant que les coûts s'accumulent. Dans les causes où le litige porte sur de faibles montants, les coûts font souvent obstacle à un règlement. Il semble que les actions régies par la procédure simplifiée sont réglées rapidement, sans le coût et le délai additionnels que provoquerait l'étape de la médiation.]

L'argument du sous-comité de la procédure simplifiée semble être que la médiation obligatoire ne s'impose pas dans les causes relevant de la Règle 76 et que les avantages de la médiation obligatoire, laquelle peut conduire à un accord plus rapide, ne justifient pas le coût additionnel. Cet argument est étayé par le fait qu'une évaluation de la Règle 76 a révélé que les causes régies par la procédure simplifiée et qui n'ont pas été soumises à la médiation obligatoire ont été réglées plus rapidement que des actions comparables ne l'ont été avant l'introduction de la Règle 76. D'après cette évaluation indépendante de la procédure simplifiée, parmi les actions entamées en 1998, 79 % de toutes les causes régies par la procédure simplifiée ont été réglées dans l'année et demie qui a suivi le dépôt de la défense, par rapport à 39,2 % des actions préalables à la Règle 76. Au bout de deux ans, 84,1 % des causes régies par la Règle 76 et entamées en 1998 avaient été réglées, par rapport à 45,6 % avant l'introduction de la Règle 76.

Selon le Comité d'évaluation, il n'y a peut-être pas de réponse tranchée à ce débat. En d'autres termes, les plaideurs et les avocats de certaines communautés souhaiteront peut-être inclure les causes régies

par la Règle 76 dans leur programme local de médiation obligatoire, alors que là où les frais d'avocat sont élevés, les avocats et les plaideurs ne souhaiteront peut-être pas augmenter le coût de la procédure simplifiée en y ajoutant une séance de médiation obligatoire. Il existe peut-être aussi des différences entre les ressources des communautés dont il vaudrait la peine de tenir compte pour décider si les causes régies par la Règle 76 doivent être incluses dans la liste des actions soumises à une médiation. Le Comité d'évaluation recommande donc que le juge régional principal décide, après avoir consulté le comité local de médiation, si les causes régies par la Règle 76 sont assujetties à la médiation obligatoire en vertu de la Règle 24.1 dans sa région. Cette recommandation pourrait être mise en œuvre grâce à une modification de la Règle 24.1.04 (2), laquelle stipulerait que la Règle 24.1 ne s'applique pas à une action régie en vertu de la Règle 76 (procédure simplifiée), sauf sur ordonnance du juge régional principal.

*Litiges commerciaux*

À Toronto, les actions inscrites au rôle commercial sont exclues de la médiation obligatoire, car elles ne sont pas régis par la Règle 77, mais pas leur propre système de gestion des causes. Nous ne sommes pas en mesure de faire de commentaires sur la pertinence d'assujettir ou non ces causes au programme de médiation obligatoire. Selon nous, toutefois, cette question ne devrait pas être mise de côté. Nous recommandons par conséquent de demander au Comité des usagers du rôle commercial d'étudier le rôle de la médiation obligatoire dans les litiges commerciaux et de faire une recommandation à ce propos au Comité des règles en matière civile.

*Litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction*

*Les litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction* sont exclus de la médiation obligatoire, car ils le sont aussi de la gestion des causes en vertu de la règle 77. Le Comité d'évaluation a reçu une lettre du Arbitration and Mediation Institute of Ontario Inc. (« AMIO ») datée du 7 décembre 2000. La lettre déclare :

[L'AMIO propose l'ajout au Programme de médiation obligatoire de l'Ontario des causes en matière de privilèges dans l'industrie de la construction. De nombreuses entreprises de construction sont petites et ne peuvent se permettre les longs délais associés au règlement des litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction. Nous croyons comprendre que les plaideurs ne sont pas en mesure d'obtenir une date de procès avant 2002. Si nombre des causes actuelles figurant sur la liste pouvaient être rapidement résolues dans le cadre d'une médiation, la date de procès des actions restantes pourrait être avancée. Ces litiges se prêtent particulièrement bien à la médiation en raison de leur complexité inhérente et de l'ampleur de certaines revendications.]

Le Comité d'évaluation ne voit aucune raison d'exclure les litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction du programme de médiation obligatoire et recommande que la Règle 77 soit modifiée pour inclure ces causes, auquel cas celles-ci seraient régies par la Règle 24.1, ou que la Règle 24.1 soit modifiée pour y ajouter les litiges en matière de privilèges dans l'industrie de la construction. La seconde solution semble préférable, car il ne serait peut-être pas pratique de combiner les modalités d'application de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* à la Règle 77.

*Pouvoir de transiger*

En vertu de la Règle 24.1.11:

*Présence des parties requise*

24.1.11 (1) Les parties, et leurs avocats si elles sont représentées, sont tenus d'être présents à la séance de médiation, sauf ordonnance contraire du tribunal.

2) Avant la séance de médiation, la partie qui doit obtenir l'approbation d'une autre personne avant de consentir à une transaction fait en sorte qu'elle puisse joindre par téléphone cette autre personne en tout temps pendant la séance, que celle-ci se tienne pendant ou après les heures de bureau.

Dans le chapitre 6 du *Rapport d'évaluation*, qui se fonde sur les réponses aux questionnaires, les évaluateurs indiquent que 15 % des avocats à Ottawa et 18 % à Toronto étaient d'accord avec l'énoncé « Une des parties au moins [à la séance de médiation] ne détenait pas le pouvoir de conclure une entente ». Les évaluateurs signalent ensuite que 19 % des médiateurs à Ottawa et 18 % à Toronto ont affirmé que le règlement ou la réduction des questions au litige aurait été plus facile lors la séance de médiation si une ou plusieurs parties détenant le pouvoir de conclure une entente avaient été présentes à la médiation. Ces résultats laissent à penser que les participants ne connaissent pas suffisamment bien le paragraphe 24.1.11 (2) selon lequel une partie qui doit obtenir l'approbation d'une autre personne avant de consentir à une transaction doit faire en sorte qu'elle puisse joindre par téléphone cette autre personne en tout temps pendant la séance, que celle-ci se tienne pendant ou après les heures de bureau. Le sous-comité recommande que des efforts soient déployés pour sensibiliser davantage les participants aux exigences du paragraphe 24.1.11 (2).

Le sous-comité recommande aussi que le paragraphe (1) soit modifié pour exiger la présence d'un représentant de n'importe quel assureur « qui peut être susceptible de satisfaire un jugement rendu dans une action, en tout ou en partie, ou encore d'indemniser une partie du montant payé en règlement de tout jugement rendu, en tout ou en partie, ou de lui rembourser ce montant ». (Ce texte s'inspire du paragraphe 31.06 (4) de la Règle sur l'interrogatoire préalable). Dans la pratique, les représentants des assureurs assistent aux séances de médiation. Pratique qui repose sur le bon sens et qui, selon nous, devrait être autorisée.

## F. Recommandations

Le Comité d'évaluation fait les recommandations suivantes :

1. Nous recommandons que la disposition relative à l'abrogation de la Règle 24.1 soit annulée et que la Règle devienne un élément permanent des *Règles de procédure civile*.

2. Nous recommandons que les dispositions de la Règle 24.1 relatives aux délais de la séance de médiation ne soient pas modifiées jusqu'à ce que suffisamment d'expérience soit acquise pour déterminer avec précision les sortes de causes qui ne se prêtent pas à une séance de médiation précoce, et que des efforts soient déployés

pour informer les intéressés des prorogations possibles en vertu des paragraphes révisés 24.1.09 (1) et (2), paragraphes qui devraient être légèrement modifiés, comme il l'a été indiqué ci-dessus.

3. Nous recommandons que des mesures soient prises pour surveiller s'il y a une accumulation de causes pour lesquelles la séance de médiation n'a pas lieu dans les 150 jours prévus aux termes de la Règle 24.1.

4. Nous recommandons que les comités locaux de médiation surveillent la situation qui veut qu'une proportion importante des médiations soient conduites par un petit nombre de médiateurs.

5. Nous recommandons que le ministère du Procureur général et les comités locaux de médiation suivent continuellement la question de la rémunération des médiateurs et son effet sur la composition de la liste des médiateurs. Nous recommandons aussi que le gouvernement ajuste les barèmes selon les besoins pour maintenir la qualité du programme de médiation obligatoire.

6. Nous recommandons que le juge régional principal décide, après avoir consulté le comité local de médiation, si les causes régies par la Règle 76 sont assujetties à la médiation obligatoire en vertu de la Règle 24.1 dans sa région.

7. Nous recommandons de demander au Comité des usagers du rôle commercial d'étudier le rôle de la médiation obligatoire dans les litiges commerciaux et de faire une recommandation à ce propos au Comité des règles en matière civile.

8. Nous recommandons que la Règle 77 soit modifiée pour inclure les actions relatives aux privilèges dans l'industrie de la construction, auquel cas celles-ci seraient régies par la Règle 24.1, ou que la Règle 24.1 soit modifiée pour y ajouter les litiges relatifs aux privilèges dans l'industrie de la construction.

9. Nous recommandons que des efforts soient déployés pour sensibiliser davantage les participants aux exigences du paragraphe 24.1.11 (2) sur le pouvoir de transiger et que le paragraphe 24.1.11 (1) soit modifié pour autoriser la présence de représentants d'assureurs à la séance de médiation.